인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰

A study on scope of the legal fiction of authorization or permission

정 태 용 (Tae-Yong, Chung)
아주대학교 법학전문대학원 명예교수

논문접수 : 2017. 11. 12. 심사게시 : 2017. 11. 15. 게재확정 : 2017. 12. 15.

목 차

Ⅰ. 들어가며
1. 준공검사의 의제
2. 공공시설의 귀속의 의제
3. 수수료 · 사용료 등의 부과
4. 농지보전부담금 · 대체조림비 또는 대체초지조성비의 부과
5. 광역교통시설부담금의 부과
6. 원상회복을 위한 이행보증금의 예치
7. 학교용지부담금의 부과
8. 의제의 의제
9. 의제대상 인 · 허가의 요건을 위반한 경우의 조치

Ⅱ. 맺으며-인 · 허가의제의 효력범위를 정하는 기준

국문요약

인·허가의제제도가 도입된지 40년이 넘었음에도 불구하고 인·허가의제제도의 문제점에 대하여 본격적으로 논의하기 시작한 것은 고작 몇 해에 불과하다. 인·허가의제제도에 관한 논의, 특히 인·허가의제의 효력범위에 관한 논의는 매우 부족하다.

이 글에서는 인·허가의제의 효력범위와 관련하여 공공시설의 귀속의 의제, 수수료·사용료·부담금 등의 부과, 의제의 의제 등에 관한 사례를 살펴 보고 인·허가의 효력범위를 판단하는 데에 필요한 기준을 모색하였다.

첫째, '공공시설의 귀속'과 같이 대규모 개발사업을 전제로 하는 제도를 인·허가의제를 통하여 개별 건축물의 건축과 같이 성질이 다른 사업에까지 확대적용하는 것은 바람직하지 않다.

둘째, 학교용지부담금이나 광역교통시설부담금과 같이 해당 법률이 적용대상을 제한적으로 규정하고 있는 경우 인·허가의제를 통하여 적용대상을 확대할 것이 아니라 정식으로 입법을 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

셋째, 주된 인·허가에 의한 사업이 의제대상 인·허가에 의하여 실질적으로 이익을 누리는 경우에는 의제대상 인·허가에 따르는 수수료·사용료 등을 부담하여야 할 것이다.

넷째, 이행보증금과 같이 의제대상 인·허가를 규율하고 있는 법률에 의하여만 운용할 수 있는 사항에까지 인·허가의제의 효력범위로 하는 것 역시 바람직하지 않다.

다섯째, 인·허가의제의 효력범위를 판단함에 있어서 당초 주된 인·허가를 할 때에 검토할 수 없었던 요인이 추가로 요구된다면 인·허가의제의 효력범위에 포함시키는 것은 신중을 기하여야 할 것이다.

앞으로 인·허가의제에 관한 입법모델을 마련할 필요가 있으며, 먼 장래에는 「행정절차법」에 인·허가의제에 관한 통칙적인 규정을 반영하여야 할 것이다.

◉ **주제어 : 인·허가의제, 인·허가의제의 효력범위, 공공시설의 귀속, 학교용지부담금, 의제의 의제**

I. 들어가며

대규모 개발사업을 시행하는 경우에는 토지형질변경허가·농지전용허가·산지전용허가·도로점용허가 등 여러 법률에 규정된 인·허가를 받아야 하는 번거로움이 있는데, 대규모사업의 경우에는 이러한 인·허가를 받는 데에 많은 시간과 비용이 소요되어 사업의 신속한 시행에 상당한 부담이 된다. 그래서 여러 법률에 규정된 인·허가를 받는 데에 소요되는 시간과 비용을 줄이는 방안을 모색하게 되는데, 그 대표적인 해결책이 주된 인·허가를 받으면 다른 법률에 의한 관련 인·허가 등을 함께 받은 것으로 간주하는 '인·허가의제제도'이다. 인·허가의제제도는 당초에는 개발사업의 효율적인 시행을 위한 절차간소화방안으로 도입되었다.[1)]

인·허가의제제도가 본격적으로 도입된 것은 1973년 12월 24일 제정·공포된 「산업기지개발촉진법」이 그 시초로 알려져 있다.[2)] 동법에서는 산업기지개발사업에 관한 실시계획승인을 받은 때에는 도시계획사업 시행자지정, 도시계획사업 실시계획인가, 수도사업인가, 공공하수도사업허가, 공유수면점용허가, 하천공사시행허가, 도로공사시행허가, 농지전용허가, 입목벌채허가 등 11개 법률에 의한 13개 인·허가를 받은 것으로 보도록 하였다. 그 때까지는 도시계획사업 실시계획인가를 받은 때에는 「토지수용법」에 의한 사업인정을 받은 것으로 보거나, 재개발사업 시행계획인가를 받은 때에는 건축허가를 받은 것으로 보는 등 관련되는 한 두개의 인·허가를 의제하는 사례가 있었을 뿐, 여러 개의 인·허가를 한꺼번에 의제하는 사례는 없었다.[3)]

그 후 소규모 개발사업에 관한 법률과 개발사업과 전혀 관련이 없는 법률에까지 인·허가의제제도가 경쟁적으로 도입되었는데, 현재 60여개 이상의 법률에 인·허가의제제도가 도입되어 있다. 그 결과 인·허가의제제도가 너무 많아져서 법률 상호간에 서로의 인·허가를 의제하는 상황도 발생하고 있다. 예컨대, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 도시계획사업 실시계획인가가 있으면 「건축법」에 의한 건축허가가 있은 것으로 보고, 「건축법」에서는 건축허가가 있으면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시계획사업 실시계획인가가 있은 것으로 보는 식이다. 하나의 인·허가에 의하여 의제되는 인·허가의 수도 대폭 늘어났는데, 「산업기지개발 촉진법」의 후신인 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에서는 18개 법률에 의한 29개 인·허가를 의제

1) 정태용, "우리나라 개별법에서의 행정계획수립절차의 현황", 토지보상법연구, 한국토지보상법연구회, 2014년, 257쪽

2) 정태용, "민원일괄처리제도에 관한 연구 -인 · 허가의제제도를 중심으로", 국가경쟁력강화를 위한 법제연구 제2집, 법제처, 1996년, 120쪽

3) 정태용, "인 · 허가의제제도에 관한 고찰", (순간)법제 통권 530호, 법제처, 2002년, 3쪽

하고 있고(동법 §21), 「제주국제자유도시특별법」에서는 30개 법률에 의한 54개의 인·허가를 의제하고 있다(동법 §60①).[4] 이제는 인·허가의제제도가 단순한 절차간소화방안이 아니라 관련 인·허가절차를 통합하는 방안으로까지 확대되고 있다.

학계에서는 인·허가의제제도를 독일 연방행정절차법에 의한 계획확정절차의 효과 중 하나인 '집중효(集中效)'로 설명하기도 한다.[5] 행정청과 일반국민 모두를 구속하는 행정처분의 성격을 가지는 행정계획이 청문 등 계획확정절차를 거쳐 확정된 때에는 당해 행정계획의 수행에 필요한 다른 행정청의 결정, 즉 특허·허가·승인 등을 대체하는 효과가 생긴다. 이와 같이 여러 법률에 의한 인·허가 등을 행정계획에 집중시켜 이들 인·허가 등을 따로 받지 아니하여도 되도록 하는 것을 집중효라고 한다.[6] 이와 같이 집중효가 인정되는 계획확정절차는 일반적으로 인정되는 것이 아니라 법률에 명시된 몇몇 대규모 공공시설을 설치하는 사업에 한하여 인정된다.[7]

인·허가의제제도를 집중효와 동일시할 수는 없다. 무엇보다도 집중효의 전제가 되는 계획확정절차가 우리나라에서는 인정되고 있지 아니하기 때문이다. 그리고 계획확정절차에서는 계획수립권자에게 모든 권한이 이전되는데 반하여, 인·허가의제제도에서는 의제대상 인·허가를 관장하는 행정청이 여전히 자신의 권한을 행사한다. 이 때문에 인·허가의제제도의 경우에는 주된 인·허가 외에 의제대상 인·허가가 따로 의제대상 인·허가를 누가 관리하는지, 의제대상 인·허가를 규율하는 법률과 관련하여 인·허가의제의 효력이 어디까지 미치는지 등의 문제가 생기게 된다. 또한 인·허가의제제도의 경우에는 집중효와는 달리 인·허가의제를 인정하는 경우가 제한되어 있지 아니한바, 심지어 건축허가와 같이 행정계획이 아닌 단순한 인·허가에 대하여도 인·허가의제를 인정하고 있다. 나아가 집중효의 경우에는 의제대상 인·허가가 따로 특정되어 있지 아니하고 당해 행정계획과 관련되는 인·허가가 모두 포괄되는데 반하여, 인·허가의제제도의 경우에는 의제대상 인·허가가 법률에 명시된 인·허가에 한정된다.

인·허가의제제도가 도입된지 40년이 넘었음에도 불구하고 인·허가의제제도의 문제점에 대하여 본격적으로 논의하기 시작한 것은 고작 몇 해에 불과하다. 인·허가의제의 요건, 인·허가의제

4) 정태용, "인 · 허가의제제도에 관한 고찰", (순간)법제 통권 530호, 법제처, 2002년, 4쪽

5) 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2017년, 140쪽 ; 박균성, 행정법강의, 박영사, 2017년, 437쪽

6) 독일 연방행정절차법 제75조제1항은 "계획확정에 의하여 당해계획의 허용성과 다른 시설에 대한 필요한 후속조치는 당해 계획과 관련되는 모든 공익에 비추어 확정된다. 계획확정 외에 다른 행정청의 결정, 특히 공법상 인가 · 특허 · 허가 · 승인 · 동의 및 계획확정은 필요하지 않다." 라고 규정하고 있다(최정일, "판례 · 해석 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인 · 허가의제제도와 독일의 행정계획결저의 집중효제도에 관한 소고", 인 · 허가의제 효과의 분석 및 입법방향에 관한 학술세미나 자료집, 법제처, 2010년, 48쪽).

7) 홍준형, "행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성", 토지보상법연구, 한국토지보상법학회, 2014년, 148-149쪽

에 관한 협의, 의제대상 인·허가의 사후관리 등 인·허가의제제도의 전반에 걸쳐 논의되고 있는데, 유독 인·허가의제의 효력범위에 관하여는 가장 중요한 사항임에도 불구하고 제대로 논의가 되고 있지 아니하다. 판례나 유권해석례도 몇 건에 불과하다. 이 글에서는 인·허가의제의 효력범위와 관련된 사례를 살펴 보면서 인·허가의 효력범위를 판단하는 데에 필요한 기준을 모색하고자 한다.

1. 준공검사의 의제

의제대상 인·허가에 준공검사가 수반되는 경우가 있는데, 특히 개발사업에 관한 인·허가의 경우에는 이러한 경우가 많다. 주된 인·허가에 의한 준공검사가 있으면 의제대상 인·허가에 의한 준공검사도 의제되도록 하는 것이 합리적이다. 문제는 준공검사의 의제에 관한 규정을 두고 있지 아니한 경우인데, 각 법률의 준공검사의 절차와 요건이 다른 만큼 주된 인·허가에 의한 준공검사가 있으며 의제대상 인·허가에 의한 준공검사가 있은 것으로 해석하는 것은 무리라 할 것이다. 인·허가의제제도가 도입된 초기에는 준공검사의 의제를 규정하지 아니한 입법례가 많았으나, 다행히 지금은 대부분의 법률에서 의제대상 인·허가에 의한 준공검사를 의제하는 규정을 두고 있다. 그러하지 아니한 입법례로는 「하수도법」 제15조에서 사용공고를 하도록 하면서 따로 준공검사제도를 두고 있지 아니한 사례, 「학교시설사업 촉진법」 제13조제2항에서 학교시설사업에 대한 준공검사를 실시하고 그 결과를 의제대상 인·허가를 관장하는 행정기관에 통보하고 이를 고시하도록 하면서 따로 준공검사의 의제에 관한 규정을 두고 있지 아니한 사례, 「수도법」·「박물관 및 미술관 진흥법」·「도시철도법」 등의 경우 아예 준공검사에 관한 규정이 없어서 준공검사의 의제를 규정하지 아니하고 있는 사례가 있다.

참고로 구 「주택건설 촉진법」의 경우 당초에는 사업계획승인을 받은 때에는 「건축법」에 의한 건축허가, 구 「도시계획법」에 의한 토지형질변경허가·도시계획사업 실시계획승인, 구 「토지구획정리사업법」에 의한 행위허가 등을 받은 것으로 보면서도 준공검사의 의제에 관한 규정을 두지 않았다가, 1980. 1. 4. 구「주택건설 촉진법」에 의한 사용검사와는 별도로 「건축법」에 의한 준공검사를 따로 받도록 하였다.[8] 이는 1992년까지는 의제대상 인·허가에 의한 준

8) 주택건설촉진법(1980. 1. 4. 법률 제3250호로 개정된 것) 제33조(사업계획의 승인 및 건축허가등) ① - ③ (생 략) ④ 제1항의 규정에 의하여 건설부장관이 사업계획을 승인한 때에는 건축법 제5조 · 제8조 및 제33조의2의 규정에 의한 건축허가 협의 또는 승인과 도시계획법 제4조 · 제12조 · 제24조 및 제25조와 토지구획정리사업법 제39조의 규정에 의한 허가 · 결정 · 승인 또는 인가를 받은 것으로 본다. ⑤ - ⑥ (생 략)제33조의2(준공검사등) ①시장 또는 군수가 제33조의 규정에 의하여 사업계획의 승인을 얻어 주택건설사업의 시행에 관하여 건축법 제7조 또는 제7조의2의 규정에 의한 준공검사 또는 중간검사를 하는 때에는 주택(대지를 포함한다) 및 그 부대시설과 복리시설의 설치에 관한 사항을 검사하여야 한다. ② (생 략)

공검사의 의제에 대한 인식이 별로 없어서 구 「주택건설 촉진법」에 의한 사용검사만 실시하고 의제대상 인·허가에 수반되는 준공검사는 실시하지 아니하다가, 신축건물의 소유권보존등기를 하기 위한 실무상의 필요에 따라 별도로 「건축법」에 의한 준공검사를 한 것으로 여겨진다. 1992. 12. 8. 비로소 구 「주택건설 촉진법」에 의한 사용검사를 받은 때에는 사업계획승인에 의하여 의제되는 인·허가에 의한 준공검사 등이 의제되도록 하였다.

2. '공공시설의 귀속'의 의제

甲회사는 1994. 5. 27. 부산 해운대구 우동 소재 대지에 지하 1층 지상 5층 규모의 근린생활시설을 건축하는 건축허가를 신청하였다. 해운대구청장은 교통영향심의위원회의 심의결과에 따라 건축허가에 대지 중 도시계획도로에 속한 부분을 폭 10m에서 폭 20m로 확·포장하는 허가조건을 붙였고 甲회사는 이를 모두 이행한 후 1999. 12. 14. 사용승인을 받았다.

몇 해가 지난 후 甲회사는 해운대구가 해당 토지를 도로로 일반공중의 통행에 제공하여 사실상의 지배주체로서 이를 점유·관리하고 있는데, 이는 법률상 원인 없이 차임 상당의 이득을 얻고 있는 것이라고 주장하면서 부당이득금반환청구소송을 제기하였다. 이에 대하여 해운대구는 구 「도시계획법」에 따르면 도시계획사업에 의하여 새로이 설치한 공공시설은 관리청에 무상으로 귀속되는데, 건축허가를 받으면 도시계획사업 실시계획인가가 의제되므로, 이 토지는 건축사업 완료와 동시에 구 「도시계획법」의 공공시설의 귀속에 관한 규정에 따라 해운대구에 소유권이 무상으로 귀속되었다고 주장하였다.

원심은 甲회사가 도로의 확장·포장 및 정비 등의 사업을 완료한 20m 계획도로의 보도 및 차도 등의 일부에 속하게 된 토지는 행정청이 아닌 자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설(도로)이므로 사업의 완료와 동시에 그 소유권이 관리청인 해운대구청장에게 귀속되었다고 보았다.

그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기환송하였다.[9)]

1) 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떠한 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는, 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그치는 것이고, 그에서 더 나아가 다른 법률에 따라 인·허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아

9) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결

니다.

2) 「건축법」에서는 건축허가를 받으면 도시계획사업 실시계획인가를 받은 것으로 본다는 규정만 두고 있을 뿐, '공공시설의 귀속'에 관한 구 「도시계획법」 제83조제2항을 준용한다는 규정을 두고 있지 아니하므로, 건축허가를 받아 새로이 공공시설을 설치한 경우에는 구 「도시계획법」 제83조 제2항이 적용되지 않는다고 봄이 상당하다.

대법원은 사안의 경우 건축허가를 받으면 도시계획사업 실시계획인가를 받지 아니하여도 도시계획사업을 시행할 수 있음을 뜻하는 것일 뿐 그 건축행위가 구 도시계획법」상의 도시계획사업이 된다거나 그 건축행위가 도시계획사업임을 전제로 하여 구 도시계획법」의 모든 규정이 적용되는 것은 아니라고 보았다. 이와 달리 건축허가로 구 도시계획법」상의 도시계획사업 실시계획인가가 의제될 뿐만 아니라, 이로 인하여 건축허가를 받은 자에게 구 「도시계획법」의 모든 규정이 적용될 수 있다고 한다면, 구 「도시계획법」의 규정 중 어떠한 규정이 적용되고 어떤 규정이 적용되지 아니하는지 여부에 대한 판단도 불가능하고, 건축허가 하나만으로 우리나라 행정법규의 대부분을 갈음하게 되는 결과가 나오게 될 가능성도 있다 할 것이다.[10)]

만일 건축허가를 받은 경우에도 '공공시설의 귀속'에 관한 규정을 적용하고자 한다면 정식으로 '공공시설의 귀속'에 관한 규정을 준용하였어야 할 것이다.

여기에서 '공공시설의 귀속'에 관한 규정의 취지를 생각해 볼 필요가 있다. 공공시설의 귀속에 관한 규정은 일반적으로 개발사업에 의하여 새로이 설치한 공공시설은 관리청에게 무상귀속되고, 용도가 폐지되는 종전의 공공시설은 새로운 공공시설의 설치비용의 범위에서 시행자에게 무상으로 양여할 수 있다는 내용으로 되어 있다. 이는 새로운 공공시설의 설치와 종전 공공시설의 용도폐지가 수반되는 대규모 개발사업에서 새로운 공공시설에 대한 소유관계를 정함으로써 시행자의 지위를 장래를 향하여 획일적으로 확정하는 한편, 새로 설치된 공공시설이 관리청에 무상귀속됨에 따라 야기되는 시행자의 재산상 손실을 합리적인 범위에서 보전하려는 취지이다.[11)] 그

10) 임영호, "인 · 허가의제규정의 적용범위", 대법원판례해설(통권 제51호, 2005년), 법원도서관, 616쪽

11) 도시 및 주거환경정비법(이하 '법'이라 한다) 제65조 제2항은, 시장 · 군수 또는 주택공사 등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고(이하 '전단 규정'이라 한다), 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다(이하 '후단 규정'이라 한다)고 규정하고 있는바, 전단 규정은 사업시행자의 재산권을 박탈 · 제한함에 그 본질이 있는 것이 아니라, 사업지구 안의 공공시설 등의 소유관계를 정함으로써 사업시행자의 지위를 장래를 향하여 획일적으로 확정하고자 하는 강행규정인 점, 후단 규정의 취지는, 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치된 정비기반시설이 전단 규정에 따라 관리청에 무상으로 귀속됨으로 인하여 야기되는 사업시행자의 재산상 손실을 고려하여, 그 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설을 그 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 위와 같은 재산상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해 주고자 하는 데 그

런데 건축허가를 받아 개별 건축물을 건축하면서 새로운 공공시설을 설치하는 경우는 그리 많지 않고, 개별 건축물의 건축으로 인하여 종전의 공공시설이 용도폐지되는 경우는 극히 드문바, 개별 건축물의 건축은 '공공시설의 귀속'에 관한 규정을 적용하기에 마땅하지 않다.

아무튼 대법원판결 중 "주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떠한 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는, 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그치는 것이고, 그에서 더 나아가 다른 법률에 따라 인·허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다."라는 부분은 이후 인·허가의제의 효력범위와 관련된 사안에서는 금과옥조처럼 등장하는 문구가 되었다.

3. 수수료 · 사용료 등의 부과

의제대상 인·허가에 수수료·사용료 등이 수반되는 경우 이들 수수료·사용료 등이 당연히 면제되는지 여부가 문제될 수 있다.

수수료·사용료 등은 해당 인·허가에 의한 서비스를 제공받거나 물건 등을 사용하는 대가를 치르는 것이므로, 인·허가의제에 의하여 서비스를 제공받거나 물건 등을 사용하는 경우에는 그에 상응하는 수수료·사용료 등을 납부하는 것이 마땅하다 할 것이다.[12] 따라서 수수료·사용료 등을 면제하기 위하여는 특별한 규정을 두어야 할 것인바, 「수도법」 제46조제3항이 이에 해당하는 입법례이다.[13]

또한 「주택법」 제19조제5항에서는 50% 이상의 국민주택을 건설하는 경우에 한하여 의제대상 인·허가에 수반되는 수수료 등을 면제하도록 하고 있는데, 이는 별도의 규정을 두지 않으면

입법 취지가 있다(대법원 2007.7.12. 선고 2007두6663 판결).

12) 의제대상 인 · 허가에 수반되는 부담금 · 사용료 등은 그 인 · 허가의 절차적 요건이 아니라 실체적 요건으로서 특별한 규정이 없는 한 주된 인 · 허가에 의하여 적용이 배제되지 아니하므로 개별 법률에 의하여 부담금 · 사용료 등을 부과할 수 있다 할 것이다. 직접 인 · 허가를 받는 경우에는 부담금 · 사용료 등을 납부하도록 하면서 그 인 · 허가를 의제받는 경우에는 부담금 · 사용료 등을 납부하지 아니하도록 하는 것은 합리적이 아니라 할 것이다. 따라서 부담금 · 사용료 등을 면제받기 위하여는 특별한 규정을 두어야 할 것이다(박준용, "건축허가를 받음에 따라 의제되는 도시계획사업 시행인가와 그 사업의 시행으로 설치된 공공시설의 소유권귀속" , 판례연구 18집(2007. 2), 부산판례연구회, 765쪽).

13) 「수도법」
제46조(다른 법률과의 관계) ① - ② (생 략)
③ 일반수도사업자가 국가나 지방자치단체일 경우 제1항에 따라 다른 법률에 따른 인 · 허가등을 받은 것으로 보는 경우에는 관계 법률에 따라 부과되는 수수료 또는 사용료 등을 면제한다. 다만, 「농지법」 제38조에 따른 농지보전부담금과 「초지법」 제23조제6항에 따른 대체초지조성비는 제외한다.

의제대상 인·허가에 수반되는 수수료 등은 면제되지 아니한다는 것을 전제로 하는 것으로 판단된다. 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000두4323 판결에서는 국민주택이 아닌 공동주택의 건설에 관한 사업계획승인을 받아 도로점용허가가 의제된 사건에서 도로점용료의 산출근거에 대하여 판단하고 있는바, 이는 도로점용허가가 의제되는 경우 도로점용료에 관한 별도의 규정이 없으면 도로점용료를 부과할 수 있음을 전제로 한 판결로 볼 수 있다.

4. 농지보전부담금·대체조림비 또는 대체초지조성비의 부과

농지·산지 또는 초지를 전용하는 경우에는 「농지법」·「산지관리법」 또는 「초지법」에 따라 농지보전부담금·대체조림비 또는 대체초지조성비를 납부하여야 하는데, 이들 법률에서는 농지·산지 또는 초지의 전용에 관한 허가·협의 등이 의제되는 경우에도 농지보전부담금·대체조림비 또는 대체초지조성비를 납부하여야 함을 명시하고 있다. 농지보전부담금·대체조림비 또는 대체초지조성비는 전용되는 농지·산지 또는 초지에 상당하는 농지·산지 또는 초지를 조성하기 위한 비용인바, 농지·산지 또는 초지의 전용이 인·허가의제에 의한 경우에도 농지·산지 또는 초지가 없어지고 그에 상응하는 농지·산지 또는 초지를 조성하여야 하는 사정은 마찬가지이므로 설사 명문의 규정이 없다고 하더라도 농지보전부담금·대체조림비 또는 대체초지조성비를 납부하게 하는 것이 합리적이라 할 것이다.

5. 광역교통시설부담금의 부과

종전의 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제11조제1항 및 동법 시행령 제15조제2항에 의하면 광역교통시행계획이 수립·고시된 대도시권에서 ① 택지개발사업, ② 도시개발사업, ③ 대지조성사업, ④ 주택건설사업, ④ 주택재개발사업, ⑤ 주택재건축사업, ⑥ 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 20세대 이상의 주택을 동일건축물로 건축하는 사업을 시행하는 자는 광역교통시설부담금을 납부하여야 하였다.

A정비조합은 서울 중구 순화동 1-67 외 92필지에 도시환경정비사업을 시행하기 위하여 2005. 12. 23. 서울특별시 중구청장으로부터 지하 5층, 지상 22층의 주상복합빌딩을 건축하는 도시환경정비사업 시행인가를 받았다. 당시 「도시 및 주거환경정비법」 제32조제1항에 의하면 정비사업의 사업시행인가를 받으면 「도시 및 주거환경정비법」에 의한 건축허가가 의제되었는바, 이에 따라 중구청장은 해당 사업이 광역교통시설부담금 부과대상에 해당된다고 보아 2005. 12.

23. A정비조합에 광역교통시설부담금 527,849,000원을 부과하였다.

대법원은 ① 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」에서 광역교통시설부담금 면제대상을 구체적으로 열거하면서도 도시환경정비사업을 면제대상으로 규정하지 아니하였고, ② 사업시행자가 건축허가를 의제받고자 하는 경우 「건축법」이 정하는 관계 서류를 함께 제출하여야 하고, ③ 관할 행정관청은 미리 관계행정기관의 장과 협의하여야 하며, 관계 행정기관의 장은 「건축법」에서 규정한 허가 등의 기준에 위반하여 협의에 응하여서는 아니된다는 점을 들어 광역교통시설부담금 부과대상에 해당한다고 판단하였다.[14)]

또한 법제처는 2009년 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률」 제11조에 따라 개발사업시행자가 실시계획의 승인을 얻으면 「주택법」 제16조에 따른 사업계획승인을 받은 것으로 보는 경우, 개발사업시행자가 시행하는 개발사업은 광역교통시설부담금의 부과대상이 되지 아니한다고 보았다.[15)] 그러나 2010년에는 위 대법원판례와 유사한 논리로 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제39조에 따라 시장정비사업인가를 받은 경우 「주택법」 제16조에 따른 사업계획승인 또는 「건축법」 제11조에 따른 건축허가가 의제되면 이를 근거로 해당 시장정비사업시행자에게 광역교통시설부담금을 부과할 수 있다고 보았다.[16)]

대법원판례와 법제처해석의 논리를 일응 이해하지만, 한 가지 의문이 있다. 광역교통시설부담금의 부과대상은 광역적인 교통 수요를 유발하는 모든 개발사업을 대상으로 하는 것이 아니라 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제11조제1항 각호에 열거된 사업에 한정되는 것이고, 광역적인 교통수요를 유발하는 개발사업임에도 불구하고 부과대상에 포함되지 아니한 사업이라도 정책적인 필요가 있으면 대통령령으로 부과대상에 추가할 수 있다는 점이다. 즉 도시환경정비사업을 광역교통시설부담금 부과대상으로 할 것인지 여부는 도시환경정비사업을 규율하고 있는 「도시 및 주거환경정비법」에서 결정할 사항이라기 보다 광역교통시설부담금제도를 갖고 있는 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」에서 정책적으로 결정할 문제라는 점이다. 그렇다면 대법원판례와 법제처유권해석의 논리는 입법의 미비를 해석으로 메꾸기 위한 다소 무리한 시도로 여겨진다. 실제로 이 문제는 2007. 1. 19. 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」을

14) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결

15) 법제처 2009. 6. 22. 회신 09-0143 해석

16) 법제처 2010. 8. 3. 회신 10-0180 해석

개정하여 도시환경정비사업을 광역교통시설부담금 부과대상사업에 추가함으로써 깔끔하게 마무리되었다.

6. 원상회복을 위한 이행보증금의 예치

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제89조 제1항에 의하면 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관 조성, 조경 등을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 그 이행을 담보하기 위하여 도시계획시설사업의 시행자에게 이행보증금을 예치하게 할 수 있다고 되어 있다.

「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따라 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 실시계획인가가 의제되는 경우에도 이행보증금을 예치하게 할 수 있는지가 문제된 사안에서 법제처는 이행보증금을 예치하게 할 수 없다고 보았다.[17] 그 이유로 ① 이행보증금의 예치는 납부의무자에게 금전급부의무를 부담하게 하는 침익적 행정행위로서 납부의무자의 재산권을 제한하므로 그 부과 여부에 대하여 명시적인 규정을 두거나 적어도 준용규정을 두어야 하고, ② 실시계획인가를 의제하는 것은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 별도의 행정절차를 거치지 아니하고도 동법에 따른 실시계획인가의 효과가 발생한다는 것을 확인한 것에 불과하고, 실시계획인가를 전제로 하여 명시적인 적용 또는 준용규정 없이 침익적 행정행위를 포함한 동법의 규정이 모두 적용되는 것은 아니라는 것이다.

그런데 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제89조제3항 및 제4항에 따르면 실시계획인가의 내용과 달리 도시계획시설사업을 하는 경우 실시계획인가권자가 원상회복명령을 하였으나 시행자가 이에 불응하는 경우에 실시계획인가권자가 행정대집행을 하고 이행보증금으로 그 비용을 충당할 수 있다. 즉 이행보증금은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제89조제3항에 따라 실시계획인가권자의 원상회복명령을 전제로 하는 것인바, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제89조제3항에 따라 실시계획인가권자의 원상회복명령은 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지개발사업과 연결되지 않는다.

7. 학교용지부담금의 부과

2013년 행정중심복합도시건설사업이 학교용지부담금 부과대상인지 여부에 대하여 법제처는

17) 법제처 2009. 11. 27. 회신 09-0353 해석

행정중심복합도시건설사업은 「학교용지확보 등에 관한 특례법」상 학교용지부담금 부과대상인 개발사업으로 명시되어 있지는 않지만, 그 실시계획의 승인으로 도시개발사업으로 의제되고, 도시개발사업은 학교용지부담금 부과대상인 개발사업에 해당되므로 결국 학교용지부담금 부과대상사업에 해당된다고 보았다.[18] 이는 일견 광역교통시설부담금과 이행보증금에 관한 사례와는 다른 방향의 유권해석으로 보인다.

한국토지주택공사가 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」 제4조에 따라 국민임대주택단지조성사업의 사업시행자로 지정되었고, 부천시장은 2013. 1. 10. 한국토지주택공사에 단지조성사업 중 단독주택용지공급(일반분양 123세대)에 대하여 학교용지부담금을 부과하였다.

원심은 ① 단지조성사업 실시계획의 승인이 있는 때에는 「도시개발법」에 따른 도시개발구역의 지정 및 실시계획의 작성·인가 등을 받은 것으로 보게 되고 단지조성사업을 실시하기 위하여는 「도시개발법」에 정한 요건을 충족하여야 하므로, 단지조성사업은 「도시개발법」에 따라 시행하는 사업과 그 실질이 다르지 아니한 점, ② 단지조성사업을 시행하는 경우에도 그 사업시행으로 형성된 취학수요에 부응하기 위하여 학교용지를 확보할 필요성이 있으므로 그 재정에 충당하기 위한 학교용지부담금을 부과할 필요가 있는 점 등의 이유를 들어, 단지조성사업은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호에 정한 개발사업에 포함되고 학교용지부담금의 부과대상이라고 보아 학교용지부담금부과처분이 적법하다고 판단하였다. 법제처의 유권해석과 궤를 같이 하는 판결이었다.

이에 대하여 대법원은 다음의 이유를 들어 원심을 파기환송하였다.[19]

1) 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되며, 그 행정법규의 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 허용되는 경우에도 그 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 아니하여야 한다.
2) 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호는 그 부과대상 사업의 근거 법률로 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」을 들고 있지 아니하다.
3) 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」 제12조제1항이 단지조성사업 실시계획승인이 있는 때에는 「도시개발법」에 따른 실시계획의 작성·인가, 「주택법」에 따른 사업계

18) 법제처 2013. 3. 8. 회신 13-0041 해석

19) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2014두47686 판결

획승인을 받은 것으로 본다고 규정하고 있는 것은 단지조성사업 실시계획승인을 받으면 그와 같은 인가나 승인을 받은 것으로 의제함에 그치는 것이지 더 나아가 그와 같은 인가나 승인을 받았음을 전제로 하는 「도시개발법」과 「주택법」의 모든 규정들까지 적용된다고 보기는 어렵다.

4) 따라서 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법」에 따른 단지조성사업은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호에 정한 학교용지부담금 부과대상 개발사업에 포함되지 아니한다고 보아야 하고, 이와 달리 학교용지부담금 부과대상 개발사업에 포함된다고 해석하는 것은 학교용지부담금 부과에 관한 규정을 그 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것이어서 허용되지 아니한다.

한국토지주택공사는 구 「보금자리주택건설법」 제35조제1항에 따라 보금자리주택건설사업의 시행자로 지정되어 사업계획승인을 받았다. 김천시장은 2013. 6. 12. 한국토지주택공사에 보금자리주택건설사업 중 공동주택공급에 대하여 학교용지부담금을 부과하였다.

원심은 다음과 같은 이유로 보금자리주택건설사업은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호에 정한 개발사업에 포함되고 학교용지부담금의 부과대상이 된다고 판단하였다.

1) 보금자리주택에 대한 사업계획승인을 받은 때에는 건축허가, 도시개발구역의 지정, 도시개발사업 실시계획인가 등을 받은 것으로 보고, 보금자리주택건설사업을 실시하기 위해서는 「건축법」과 「도시개발법」에 정한 요건을 충족해야 하므로, 보금자리주택건설사업은 「건축법」과 」「도시개발법」에 따라 시행하는 사업과 그 실질이 다르지 않다.

2) 보금자리주택건설사업을 시행하는 경우에도 그 사업시행으로 형성된 취학 수요에 부응하기 위하여 학교용지를 확보할 필요성이 있으므로 그 재정에 충당하기 위한 학교용지부담금을 부과할 필요가 있다.

그러나 대법원은 다음과 같은 사유로 원심을 파기환송하였다.[20)]

1) 법해석의 목표는 법적 안정성을 침해하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 추구하는 데 있다. 이를 위하여 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 법률을 해석하는 것이 원칙이고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원하여 법해석

20) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2015두37815 판결

의 목표에 맞는 타당한 해석을 하여야 한다.[21]

2) 익적 행정처분은 수익적 행정처분에 대응하는 개념으로 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다.

3) 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호는 부과대상 사업의 근거 법률로 구 「보금자리주택건설법」이나 그 개정 법률인 「공공주택건설 등에 관한 특별법」을 들고 있지 않다.

4) 구 「보금자리주택건설법」 제35조제4항이 보금자리주택에 대한 사업계획승인을 받은 때에는 건축허가(제1호), 도시개발사업 실시계획인가(제9호)를 받은 것으로 본다고 규정하고 있는데, 이는 보금자리주택에 대한 사업계획승인을 받으면 그와 같은 건축허가와 실시계획인가를 받은 것으로 간주하는 것이다. 여기에서 나아가 이 규정에 따라 그와 같은 허가와 인가를 받았음을 전제로 하는 「건축법」과 「도시개발법」의 모든 규정들까지 적용된다고 볼 수는 없다.

5) 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」의 입법취지가 학교용지 확보의 필요성을 야기하는 모든 주택용지·주택 공급 사업이 학교용지부담금의 부과대상임을 전제로 하고 있다고 보기 어렵다. 만일 모든 주택용지·주택 공급 사업이 원칙적으로 학교용지부담금의 부과대상이라는 취지라면, 일정 규모 이상의 신규 주택용지·주택을 공급하여 학교용지 수요를 초래한 사업자에게는 학교용지부담금을 부과하되, 일정한 경우 예외로 한다는 입법형식을 취하는 것이 합리적이다. 그런데도 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」은 학교용지부담금의 부과대상이 되는 개발사업의 범위를 그 근거 법률의 종류에 따라 한정하는 입법형식을 취하고 있으므로, 해당 근거 법률에 따른 사업만이 학교용지부담금의 부과대상임을 원칙으로 삼았다고 볼 수 있다.

7) 보금자리주택건설사업은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호에 정한 학교용지부담금 부과대상 개발사업에 포함되지 아니한다고 보아야 하고, 이와 달리 학교용지부담금 부과대상 개발사업에 포함된다고 해석하는 것은 학교용지부담금 부과에 관한 규정을 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것이어서 허용되지 아니

21) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 ; 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결 등

한다.

또한 한국토지주택공사는 구 「보금자리주택건설법」 제35조에 따라 사업계획변경승인 등을 받았는데, 대전광역시 유성구청장은 2013. 1. 29. 한국토지주택공사에 주택건설사업에 대한 학교용지부담금을 부과하였다. 이에 대한 원심과 대법원의 판결은 대법원 2016. 11. 24. 선고 2014두47686 판결의 경우와 같다.[22)]

대법원의 판시에 덧붙이고 싶은 사항은 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제2조제2호에서 학교용지부담금 부과대상 사업을 "100가구 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업"으로 정하지 아니하고, 이러한 사업 중 동조동항동호 각목에 열거된 법률에 따른 사업으로 한정하고 있다는 점이다. 그렇다면 사실상 "100가구 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업"에 해당되더라도 동법 제2조제1항제2호 각목에 열거되지 아니한 법률에 따른 사업에 대하여까지 인·허가의제제도를 통하여 학교용지부담금을 부과하는 것은 다소 무리라 할 것이다.

8. 의제의 의제

'의제의 의제'를 인정할 수 있는지 여부가 가끔 문제된다. 「건축법」 제11조제5항제4호에서는 건축허가가 있으면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 개발행위허가가 있은 것으로 보는데, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제92조제1항제14호에 의하면 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제12조에 따른 사업계획승인이 있은 것으로 본다. 만일 '의제의 의제'를 인정하게 되면 골프장시설 또는 스키장시설에 대하여 「건축법」에 따른 건축허가를 받으면 따로 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제12조에 따른 사업계획승인을 받지 아니하고도 동법에 따른 골프장·스키장 등을 설치할 수 있는 엉뚱한 결론이 나오게 된다. 건축허가를 할 때에는 「건축법」 제11조제5항 각호의 인·허가의 요건을 갖추었는지 여부를 검토할 뿐 '의제의 의제'에 따른 인·허가의 요건까지 검토하는 것은 아니므로 '의제의 의제'는 인정할 수 없다 할 것이다.[23)]

그리고 '의제의 의제'를 인정하는 경우에는 논리상 '의제의 의제의 의제'를 인정하게 될 것이

22) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014두40531 판결

23) 인 · 허가의제의 경우 미리 관계기관의 장과 협의하도록 하여 당해 인 · 허가의 요건에 적합한지 여부를 검토하도록 하고, 협의를 거친 경우에 한하여 인 · 허가의제의 효과를 인정하고 있는데, 건축허가를 할 때에는 건축법 제8조 제6항 각 호의 인 · 허가의 요건을 갖추었는지 여부를 검토할 뿐 의제되는 각 인 · 허가에 의하여 다시 의제되는 인 · 허가의 요건을 갖추었는지 여부는 검토하지 아니하므로 '의제의 의제'는 인정되지 아니한다고 할 것이다.(임영호, "인 · 허가의제규정의 적용범위", 대법원판례해설(통권 제51호, 2005년), 법원도서관, 614쪽).

고, 이렇게 되면 하나의 인·허가에 의하여 거의 모든 법률의 인·허가가 의제되는 기현상도 발생하게 될 것이다.

「주택법」 제17조제1항제5호 및 제9호에 의하면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상의 도시계획사업 실시계획인가와 「도시개발법」 상의 도시개발사업 실시계획인가가 의제되고, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제92조제1항제6호와 「도시개발법」 제19조제1항제19호에 의하면 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가와 도시개발사업에 관한 실시계획인가가 있으면 「국유재산법」 제30조의 사용·수익의 허가가 의제된다. 이 경우 대법원은 주택건설사업계획의 승인이 있다고 하여 「국유재산법」 상의 사용·수익허가까지 의제되는 것은 아니라고 보았다.[24)]

다만, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제17조제1항에서는 주무관청이 민간투자사업에 관한 실시계획승인을 받으면 해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인가·허가 등과 관계법률에 따라 인가·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인가·허가 등을 받은 것으로 본다. 이에 따르면 민간투자사업에 관한 실시계획승인을 받으면 「주택법」에 따른 사업계획승인을 받은 것으로 보는 한편, 「주택법」에 따른 사업계획승인에 의하여 의제되는 인·허가도 받은 것으로 본다. 즉 민간투자사업에 관한 실시계획승인을 받으면 민간투자사업의 부대사업으로 주택건설사업을 시행할 수 있게 한 것인바, 명문으로 '의제의 의제'를 규정하고 있는 휘귀한 예로 볼 수 있다.

9. 의제대상 인·허가의 요건을 위반한 경우의 조치

주된 인·허가를 하는 경우 의제대상 인·허가의 요건을 검토하여 이에 적합한 경우에 한하여 해당 인·허가를 의제하게 된다. 그런데 주된 인·허가가 있은 후 의제대상 인·허가의 취소사유가 발생한 경우 주된 인·허가 또는 의제대상 인·허가를 취소할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

의제대상 인·허가의 취소사유가 중대하고, 해당 인·허가가 주된 인·허가의 성립 여부에 미치는 영향이 큰 때에는 의제대상 인·허가의 취소사유를 이유로 주된 인·허가를 취소할 수 있을 것이다.

의제대상 인·허가가 주된 인·허가와 별도로 존재한다는 견해에서는 의제대상 인·허가를 관장하는 행정기관이 의제대상 인·허가를 취소할 수 있다고 하겠지만, 주된 인·허가만 존재하고 의제대상 인·허가는 따로 존재하지 않는다는 견해에서는 의제대상 인·허가만의 취소를 허용되지 않

24) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014두2409 판결

는다 할 것이다. 확립된 견해는 없지만 후자가 대체적인 추세이다.

그리고 의제대상 인·허가를 개별적으로 취소할 수 있게 하는 경우에는 많은 의제대상 인·허가 중 어느 하나의 인·허가가 취소됨으로써 주된 인·허가가 무력화되는 사례가 발생할 수 있을 것이다. 예컨대, 도시계획사업 실시계획인가를 받아 도시계획사업을 시행하는 과정에서 핵심이 되는 지역에 위치한 산지에 대한 산지전용허가가 취소되면 전체 도시계획사업의 시행에 차질을 빚게 된다.

II. 맺으며- 인·허가의제의 효력범위를 정하는 기준

인·허가의제의 효력범위를 정하는 데에 있어서는 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결이 제시한 "주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떠한 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우에는, 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 의한 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그치는 것이고, 그에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인·허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니다."는 것이 기본적인 기준이 될 것이다. 이 판시는 주된 인·허가에 관한 사항을 규정하고 있는 어떠한 법률에서 주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 따른 인·허가를 받은 것으로 의제한다는 규정을 둔 경우 이는 '주된 인·허가가 있으면 다른 법률에 따른 인·허가가 있는 것으로 보는 데 그친다.'는 것이 아니라, '경우에 따라서는 다른 법률에 따라 인·허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 일부 규정이 적용되는 경우도 있다."는 취지로 받아 들여야 할 것이다.[25)]

그렇다면 인·허가의제를 받았음을 전제로 한 다른 법률의 일부 규정이 적용되는 경우를 어떻게 판단할 것이냐가 문제되는데, 다음과 같은 기준을 생각해 볼 수 있을 것이다.

25) 다만 사족을 달자면, 대법원이, 인 · 허가의제의 효과에 관하여 일반론으로 설시하고 있는 "…다른 법률에 의한 인 · 허가가 있는 것으로 보는데 그치는 것이고, …" 라는 표현은, 마치 의제되는 인 · 허가의 모든 실체적 요건에 관련된 사항(예를 들어, 앞서 2.자.항의 의제되는 인 · 허가에 수반되는 부담금 · 사용료 등)에 대한 규정들의 적용도 (당연히 또는 원칙적으로) 전면적으로 배제된다는 판시인 것처럼 오해될 소지가 있으나, 그 전후 문맥상 위 표현은 그 뒤에 바로 이어진 "그에서 더 나아가 다른 법률에 의하여 인 · 허가를 받았음을 전제로 한 다른 법률(이 사건에서는 구 도시계획법)의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니라 할 것인바," 라는 부분과의 대비를 위하여 쓴 것으로 선해할 수 있겠다(박준용, "건축허가를 받음에 따라 의제되는 도시계획사업 시행인가와 그 사업의 시행으로 설치된 공공시설의 소유권귀속" , 판례연구 18집(2007. 2), 부산판례연구회, 773쪽).

첫째, '공공시설의 귀속'과 같이 대규모 개발사업을 전제로 하는 제도를 인·허가의제를 통하여 개별 건축물의 건축과 같이 성질이 다른 사업에까지 확대적용하는 것은 바람직하지 않다 할 것이다.

둘째, 학교용지부담금이나 광역교통시설부담금과 같이 해당 법률이 적용대상을 제한적으로 규정하고 있는 경우에는 인·허가의제를 통하여 적용대상을 확대할 것이 아니라 정식으로 입법을 통하여 해결하는 것은 바람직하다 할 것이다.

셋째, 주된 인·허가에 의한 사업이 의제대상 인·허가에 의하여 실질적으로 이익을 누리는 경우에는 의제대상 인·허가에 수반되는 수수료·사용료 등을 부담하여야 할 것이다.

넷째, 이행보증금과 같이 의제대상 인·허가를 규율하고 있는 법률에 의하여만 운용할 수 있는 사항에까지 인·허가의제의 효력범위로 하는 것 역시 바람직하지 않다 할 것이다.

다섯째, 인·허가의제의 효력범위를 판단함에 있어서 당초 주된 인·허가를 할 때에 검토할 수 없었던 요인이 추가로 요구된다면 인·허가의제의 효력범위에 포함시키는 것은 신중을 기하여야 할 것이다.

장기적으로는 인·허가의제에 관한 입법모델을 마련할 필요가 있다. 「행정절차법」을 제정할 때에 계획확정절차의 도입 여부에 관하여 논의하다가 결국은 도입을 포기하였는데, 우리 실정으로는 인·허가의제에 관한 쟁점들이 정리되면 인·허가의제에 관한 통칙적인 규정을 「행정절차법」에 반영하는 것이 계획확정절차를 도입하는 것 보다 더 현실성이 있을 것으로 여겨진다.

참고문헌

- 권수철, “인·허가의제제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고”, 법제 통권 제535호, 법제처, 2002년
- 류준모, “인·허가의제 제도에 관한 입법적 개선방안 연구”, 법제 통권 657호, 법제처, 2012년
- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2017년
- 박준용, “건축허가를 받음에 따라 의제되는 도시계획사업 시행인가와 그 사업의 시행으로 설치된 공공시설의 소유권귀속”, 판례연구 18집, 부산판례연구회, 2007년
- 선정원, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 행정법연구 34호, 행정이론실무학회, 2012년
- 임영호, “인·허가의제규정의 적용범위”, 대법원판례해설(통권 제51호), 법원도서관,
- 정남철, 정태용, 강현호, “대규모공공사업 실시계획의 확정절차에 관한 최초시안” 토지보상법연구, 한국토지보상법연구회, 2015년
- 정준현, “인·허가의제의 효과에 관한 입법현황”, 행정판례연구 15-2집, 한국행정판례연구회, 2010년
- 정태용, “민원일괄처리제도에 관한 연구 – 인·허가의제제도를 중심으로”, 국가경쟁력강화를 위한 법제연구 제2집, 법제처, 1996년
- 정태용, “우리나라 개별법에서의 행정계획수립절차의 현황”, 토지보상법연구, 한국토지보상법연구회, 2014년
- 정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 법제 통권 530호, 법제처, 2002년
- 최정일, “판례·해석 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인·허가의제제도와 독일의 행정계획결저의 집중효제도에 관한 소고”, 인·허가의제 효과의 분석 및 입법방향에 관한 학술세미나 자료집, 법제처, 2010년
- 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2017년
- 홍준형, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성”, 토지보상법연구, 한국토지보상법학회, 2014년.

Abstract

A study on scope of the legal fiction of authorization or permission

Tae-Yong, Chung

Emeritus Professor, Ajou University Law School

Even though it has been over 40 years since the legal fiction of authorization or permission had introduced, it is only a few years that we have begun to discuss in earnest about the problems associated with the legal fiction of authorization or permission

There is a lack of discussions on the legal fiction of authorization or permission, particularly about the scope of it.

This article suggests a necessary standard to understand the scope of the legal fiction of authorization or permission, after examining some cases of fictions of title to the public facilities, the imposition of the commission, usage fee, charges etc.

First, it is not desirable to apply the legal fiction of authorization or permission that assumes a large-scale development like the attribution of public facilities to other projects in different properties, such as a construction of individual buildings.

Second, when a law restricts the scope of application, like charges for school sites, it is desirable to make a law formally rather than to enlarge the scope of application by the legal fiction of authorization or permission.

Third, in case of the main project enjoys the substantial benefits by the objective fiction of

authorization or permission, it should be pay for the commission or usage fees that accompany with the objective fiction of authorization or permission.

Fourth, it is also not desirable to apply the legal fiction of authorization or permission to the matters that can be operated only by the law governing the authorization or permission, such as the warranty bond.

Fifth, in determining the scope of the legal fiction of authorization or permission, it is necessary to be cautious to include additional factors that could not be considered in making initial one.

In the future, it will be needed to prepare a legislative model on the legal fiction of authorization or permission, and in the remote future, the Administrative Procedure Act should reflect the general rules on the legal fiction of authorization or permission.

Keyword : scope of the legal fiction of authorization or permission, charges for school sites